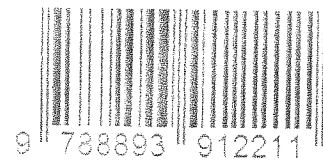
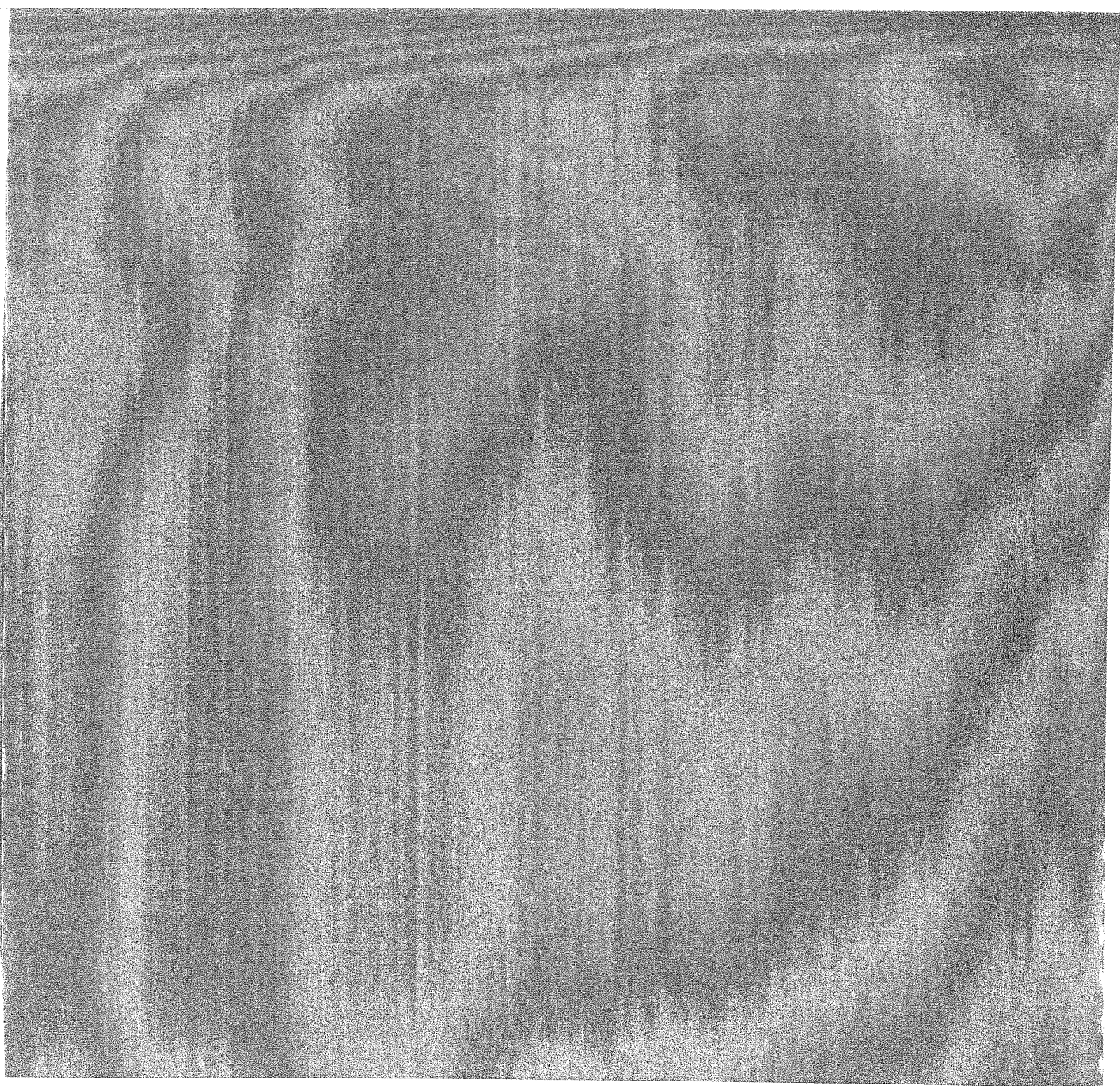


**PASSATO E PRESENTE
DEL DIRITTO
AMMINISTRATIVO**

LIBER AMICORUM

**IN ONORE DI
ALBERTO MASSERA**

a cura di
Giovanna Pizzanelli



Marcello Clarich

Il rapporto tra Diritto pubblico e Diritto privato

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Lo Stato che contratta. – 3. Lo Stato che partecipa a società private. – 4. Una conferma giurisprudenziale.

1. Premessa

Il rapporto tra diritto pubblico e diritto privato è un tema sul quale i giuristi sia privatisti sia pubblicisti si sono a lungo confrontati. Si pensi, per richiamare soltanto alcuni contributi di studiosi pisani, agli scritti di Lina Bigliazzi Geri sull'interesse legittimo nel diritto privato¹, a quelli di Umberto Breccia sull'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico², ai lavori in tema di della responsabilità civile della pubblica amministrazione di Marina Santilli³, agli studi sulla buona fede nel diritto pubblico di Fabio Merusi⁴.

Di questo *humus* culturale particolarmente fecondo ha beneficiato senz'altro anche Alberto Massera che ha dedicato al tema dei contratti della pubblica amministrazione e delle altre forme di negoziazione con i soggetti privati un volume di amplissimo respiro teorico⁵.

Al di là dell'analisi dei singoli istituti disciplinati dalla complessa di-

¹ Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano, 1967.

² Cfr. U. BRECCIA, *L'immagine che i privatisti hanno del diritto pubblico*, in *La necessaria discontinuità: immagini del diritto pubblico*, in *Rivista critica del diritto privato*, 1983, 191.

³ Cfr. M. SANTILLI, *Salute del cittadino e responsabilità della pubblica amministrazione*, Pacini, Pisa, 1986; M. SANTILLI, *Il diritto civile dello Stato – Momenti di un itinerario tra pubblico e privato*, Pisa, 1985.

⁴ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970.

⁵ A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP AA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Plus, Pisa, 2012. Sul tema in generale cfr. V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2011; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

sciplina europea e nazionale in materia di contratti pubblici, questo studio monografico approfondisce alcuni elementi di teoria generale che meritano di essere ripresi anche per talune implicazioni pratiche che ne conseguono in termini di politica legislativa e di indirizzi giurisprudenziali.

Come si vedrà, il recente riordino normativo delle società a partecipazione pubblica operato nell'ambito della cosiddetta riforma Madia della pubblica amministrazione sembra muovere da presupposti concettuali che si riallacciano ad alcune riflessioni teoriche che trovano un riscontro puntuale nel lavoro di Alberto Massera.

Una prima parte di questa analisi sarà dunque dedicata ad alcune questioni attinenti ai nessi tra pubblico e privato in materia di esercizio della capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni. Una seconda parte darà conto di alcuni snodi della riforma delle società a partecipazione pubblica operata con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

2. Lo Stato che contratta

Da un punto di vista storico, la figura dello Stato che contratta con i soggetti privati costituì una novità che innescò un'evoluzione del diritto amministrativo nella seconda metà del secolo scorso nel senso di attenuarne sempre più la dimensione autoritaria originaria, incentrata sull'imperatività e unilateralità del provvedimento amministrativo, a favore di una dimensione cooperativa, dialogante e più paritaria⁶.

Verso la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo, la dottrina anzitutto tedesca riteneva che, rispetto all'impianto dogmatico del diritto pubblico, il contratto fosse un *Fremdkörper* (corpo estraneo); affermava perentoriamente che lo Stato *paktier nicht* (non contratta con i privati); sottolineava, per riprendere Vittorio Emanuele Orlando, che "lo Stato, innanzitutto, nell'agire, comanda" dato che, in realtà, "lo Stato esiste in quanto comanda"⁷; chiariva, per citare Federico Cammeo, che "il diritto pubblico è il diritto comune, ordinario, per i rapporti tra individuo e Sta-

⁶ È stato sottolineato efficacemente che lo Stato è oggi ancora uno Stato a regime amministrativo, ma quest'ultimo "è sempre meno speciale e sempre più giustiziale, consensuale cooperativo, aperto alle clausole generali del diritto comune". Cfr. L. MANNORI-B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

⁷ Per queste citazioni cfr. A. MASSERA, *op. cit.*, rispettivamente pp. 12 e 27 che richiamano in nota.

to" i quali devono pertanto "presumersi regolati dal diritto pubblico. Se non vi è espressa e chiara ragione in contrario"⁸.

Era negato all'epoca persino che il rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino potesse essere ricostruito in termini di un rapporto giuridico in senso proprio. Lo Stato era infatti concepito come un'entità collocata in una posizione di sovraordinazione istituzionale rispetto ai soggetti privati, relegati nella posizione di amministrati o di sottoposti (*Untertan*), tale da escludere la configurabilità di vincoli giuridici bilaterali.

In particolare in relazione ai contratti di diritto privato relativi a lavori pubblici o alla fornitura di beni e servizi strumentali all'attività della pubblica amministrazione, si riteneva che la disciplina speciale posta dalla normativa in tema di contabilità pubblica volta a disciplinare le modalità procedurali per la scelta del contraente (secondo il modello dei pubblici incanti) attenesse alla sfera organizzativa interna agli apparati pubblici e non potesse far sorgere posizioni giuridiche soggettive in capo ai potenziali contraenti tutelabili in sede giudiziaria.

La visione "panpublicistica" dei rapporti tra Stato e cittadino aveva indotto la dottrina a ripensare anche l'inquadramento giuridico del fenomeno delle concessioni amministrative, in piena espansione già nella seconda parte del XIX secolo (si pensi alle concessioni ferroviarie o minerarie) e dunque in epoca antecedente al formarsi di una dogmatica del diritto pubblico tesa a inquadrare le relazioni tra Stato e cittadino all'interno di categorie formali derivate in gran parte dal diritto civile (si pensi, soltanto ai diritti soggettivi pubblici).

Le concessioni erano state qualificate fino a quel momento come normali contratti a prestazioni corrispettive disciplinati dalle norme civilistiche. In seguito alla svolta panpublicistica e alle elaborazioni dogmatiche le concessioni vennero inquadrare nello schema degli atti amministrativi unilaterali, cioè come atti discrezionali attributivi di diritti, modificabili e revocabili *ad nutum*, senza alcun obbligo di indennizzo.

In realtà, il tentativo di depurare le concessioni amministrative da ogni elemento privatistico e paritario si rivelò ben presto come una forzatura tanto da costringere la dottrina e la giurisprudenza a elaborare la nozione di concessione-contratto (o di contratto accessivo al provvedimento), attenuando così il carattere unilaterale-publicistico dell'atto concessorio. Quest'ultimo, infatti, specie nei casi di concessioni di lunga

⁸ Cfr. F. CAMMILLO, *Corsi di diritto amministrativo*, Padova, 1914, 51.

durata e aventi per oggetto prestazioni complesse (si pensi a certi servizi pubblici) rilasciate a soggetti economici imprenditoriali di elevate capacità tecniche e finanziarie, si era rivelato una finzione e anzi, nonostante l'apparenza formale, questi ultimi potevano essere considerati in realtà come "contraenti forti", tali da imporre alle pubbliche amministrazioni concedenti condizioni contrattuali a sé favorevoli⁹.

A partire dalla metà del secolo scorso, acquisita una maggior consapevolezza dei limiti della teoria panpubblicistica, si ebbe progressivamente un'apertura ai modelli negoziali secondo una visione dello "Stato che scende dal piedistallo", che cioè si mette alla pari del soggetto privato e, utilizzando la capacità di diritto privato, contratta con quest'ultimo.

Una siffatta apertura emerse non solo nell'ambito dei contratti per l'acquisto di beni e servizi, ma anche in relazione all'esercizio del potere discrezionale da parte della pubblica amministrazione. Si pensi in particolare al fenomeno delle convenzioni urbanistiche emerso nella prassi e poi via via legificato. Si pensi, come punto di arrivo di queste tendenze, alla disciplina generale degli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento posta dall'art. 11, l. 7 agosto 1990, n. 241, anch'essa esaminata nel volume di Alberto Massera¹⁰.

In seguito a questa evoluzione, specie a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, il diritto amministrativo è diventato sempre più, riprendendo una formula usata dalla dottrina tedesca di Eberhard Schmidt-Assmann, un diritto cooperativo che ricerca fin dove può il consenso e riserva la sua vera autorità, che pur continua a essere innegabilmente presente, come risorsa di ultima istanza¹¹.

⁹ Su tutte queste vicende cfr. M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative - aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene, Napoli, 1981.

¹⁰ Cfr. A. MASSERA, *op. cit.*, 550 là dove si sottolinea che l'opzione della decisione negoziata dipende non solo dalla necessità di rimediare alla carenza o alla incompletezza di informazioni di e sul mercato, ma soprattutto "da una valutazione circa la possibilità, attraverso lo scambio e la capacità delle parti di assumere impegni vincolanti, di ridurre i costi di transazione (e le eventuali esternalità negative sugli amministrati e sulla collettività comunque interessata) e in specie all'enforcement della decisione finale e alla risoluzione dei conflitti nei confronti di chi non ha spontaneamente aderito ad essa, proprio perché non concordata". Il volume di Massera riporta altresì (557-558) numerose fattispecie legislative di convenzioni tipizzate in ambiti particolari.

¹¹ Cfr. E. SCHMIDT - ASSMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsrecht*, II ed., Springer Verlag, 2006, 174 ss. (citato, nella traduzione spagnola, nel volume di Massera a p. 28) secondo il quale il modello cooperativo dei rapporti tra Stato e cittadi-

Ma c'è un aspetto di teoria generale che è essenziale sottolineare, e che viene sviscerato nella parte centrale del volume di Alberto Massera, ed è la relazione che intercorre tra la causa del contratto e il fine pubblico là dove la pubblica amministrazione entra in un rapporto di tipo privatistico.

Si tratta di un argomento molto dibattuto in dottrina, soprattutto per quanto concerne gli effetti del mancato perseguimento (o dello sviamento) del fine pubblico sulla validità del contratto, che variano a seconda che il fine pubblico possa o meno essere considerato un elemento interno o esterno del contratto. Nel primo caso anche l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione è funzionalizzata all'interesse pubblico e dunque vige in realtà uno statuto unitario dell'attività amministrativa a prescindere dall'uso di moduli pubblicistici o privatistici¹².

La tesi sostenuta da Massera, pienamente condivisibile, è che l'interesse pubblico posto alla base dell'esercizio della capacità negoziale è comunque esterno alla causa del contratto. Nel momento in cui la pubblica amministrazione entra in una relazione contrattuale con un soggetto privato il fine pubblico, che ha giustificato il ricorso allo strumento contrattuale, non fuoriesce dalla sfera soggettiva del soggetto pubblico agente. Nel rapporto negoziale tra pubblica amministrazione e cittadino infatti *"non vi sono interessi pubblici, ma interessi della parte pubblica"*¹³. La parte pubblica deve cioè farsi guidare anche nell'attività negoziale dall'interesse pubblico. Quest'ultimo può assurgere tutt'al più a motivo soggettivo della sua azione.

Si introduce così un elemento di chiarezza poiché secondo questa linea ricostruttiva non si può presupporre, per esempio, che il soggetto privato contraente *"venga in qualche modo a partecipare alla cura dell'interesse pubblico che muove l'amministrazione ad agire, implicitamente, altresì, come corrispondente alla "natura delle cose" una subordinazione allo stesso interesse dell'interesse privato"*¹⁴ e quindi a stipulare il

no è divenuto ormai in molti ambiti un modello normale, alternativo al modello gerarchico tradizionale.

¹² Cfr. anche per ulteriori riferimenti V. CERULLI IRELLI, *op. cit.*, 22; G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 159 ss.

¹³ Cfr. F. TRIMARCHI BANTI, *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, 42 citato nel volume di Massera (328) insieme ad altri riferimenti di autori, tra i quali in particolare Franco Ledda.

¹⁴ Cfr. A. MASSERA, *op. cit.*, 329 ove si specifica altresì, condivisibilmente, che *"l'interesse pubblico è per il soggetto privato piuttosto un dato di contesto (come*

contratto. La parte privata cura legittimamente esclusivamente i suoi interessi, mentre quella pubblica cura l'interesse pubblico alla cui tutela è tenuta in forza di legge.

Dalla legislazione vigente emergono tuttavia indici normativi che vanno nella direzione contraria. In particolare, l'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, della legge n. 241/90 in tema revoca del provvedimento che incide su rapporti negoziali prevede che, nel quantificare l'indennizzo dovuto dall'amministrazione, il danno emergente debba essere ridotto tenuto conto non solo della conoscenza, ma anche della conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico.

Si costringe così il privato contraente, per evitare di essere penalizzato in sede di quantificazione dell'indennizzo, a valutare lui stesso se il contratto oggetto dell'intervento in autotutela curi o meno l'interesse pubblico. Gli si impone così un onere di cooperazione con la pubblica amministrazione che sembra andare ben al di là dei doveri di lealtà e buona fede presenti nelle normali relazioni contrattuali privatistiche. Si assume quasi, con una visione in un certo senso parternalistica, che la pubblica amministrazione sia un soggetto non pienamente responsabile, non in grado di valutare da sola la consistenza dell'interesse pubblico che essa è tenuta a curare in una vicenda specifica, che ha dunque necessità di un "soccorso" da parte del soggetto privato con il quale interagisce. Oltretutto non appare chiaro in base a quale titolo e a quali parametri un soggetto privato possa assumere su di sé il compito di valutare e ponderare interessi pubblici. Se si accetta questa linea interpretativa teorica, non sembrano condivisibili, alcune tesi espresse dalla Corte di cassazione e dalla Corte costituzionale che hanno fatto ricorso alla nozione di attività amministrativa in forma privatistica distinguendola da quella in forma prettamente privatistica¹⁵.

L'interesse dell'impresa al profitto, ad esempio, nell'ambito dei rapporti interprivati, tra quelli cioè che egli deve valutare nel suo comportamento in quanto comunque necessariamente condizionante il comportamento dell'amministrazione nella comune determinazione del regolamento contrattuale.

¹⁵ Secondo la giurisprudenza civile l'amministrazione svolge attività amministrativa "non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando, nei limiti consentiti dall'ordinamento, persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato" (C. Cass., S.U., 22 dicembre 2003, n. 19667). La Corte costituzionale tende a operare una distinzione tra "attività amministrativa in forma privatistica" e "attività d'impresa di enti pubblici" (C. Cost. 1 agosto 2008, n. 326).

Questa impostazione, che opera una contaminazione tra categorie privatistiche e pubblicistiche, ha in realtà una sua giustificazione razionale, nel senso che essa mira a evitare che l'uso del diritto privato possa costituire una forma elusiva dei vincoli pubblicistici, evenienza piuttosto frequente nella prassi.

Ma a questo fine, piuttosto che ricorrere a forme di ibridazione concettuale, conviene far affidamento su una disciplina pubblicistica più rigorosa dei presupposti, dei limiti e delle modalità attraverso le quali le pubbliche amministrazioni possono esercitare la loro capacità di diritto privato.

Come già anticipato in premessa, per mettere meglio a fuoco questo aspetto può essere utile prendere in esame la disciplina delle società a partecipazione pubblica recentemente introdotta nel contesto della riforma Madia della pubblica amministrazione.

3. Lo Stato che partecipa a società private

Il d.lgs. n. 175/2016, ossia il "*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*"¹⁶ mira a razionalizzare la disciplina di questo tipo di società che negli ultimi anni, per effetto di ripetuti interventi legislativi parziali ed estemporanei, appariva alquanto frammentaria e disordinata.

Essa è improntata al principio enunciato nelle Linee Guida dell'Ocse secondo le quali le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni devono essere sottoposte al diritto comune, salvo deroghe espresse che devono essere giustificate in base al principio di stretta proporzionalità in funzione della tutela di interessi pubblici prioritari¹⁷.

La chiave di lettura più corretta del Testo unico è dunque quella secondo la quale esso, più che introdurre una disciplina speciale delle società partecipate, pone una disciplina pubblicistica dello Stato che uti-

¹⁶ Per i primi commenti cfr. G. MEO - A. NUZZO (a cura di), *Il Testo unico sulle società pubbliche - Commento al d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Cacucci, Bari, 2016; F. ALLETTA, *I controlli nelle società pubbliche*, Zanichelli, Torino, 2017. Il d.lgs. n. 175/2016 è stato modificato in più punti dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 anche se l'impianto generale resta invariato.

¹⁷ Cfr. OECD, *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*, luglio 2015, reperibili su internet.

lizza la propria capacità di diritto privato per assumere e gestire partecipazioni in società di diritto comune¹⁸.

I destinatari dei precetti legislativi sono infatti in gran parte le pubbliche amministrazioni e dunque il Testo unico ha una valenza principalmente organizzativa e di disciplina dei processi decisionali interni alle amministrazioni.

In linea con questa impostazione, il d.lgs. n. 175/2016, che ha come antecedente immediato il cosiddetto piano Cottarelli di razionalizzazione delle partecipazioni locali¹⁹, anzitutto circoscrive la capacità giuridica delle amministrazioni pubbliche nell'acquisire e detenere partecipazioni in società, tramite l'enunciazione di due stringenti criteri cumulativi: un criterio soggettivo che vieta le partecipazioni *"non strettamente necessarie per il perseguimento delle finalità istituzionali"*; un criterio oggettivo che consiste in un elenco tassativo di attività che possono essere svolte dalle società partecipate, che include principalmente i servizi di interesse generale e le società di autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente (art. 4).

In applicazione di questi due criteri, ai quali si aggiungono parametri quantitativi minimi ad applicazione automatica (numero di dipendenti, fatturato, perdite di esercizio, ecc., elencati nell'art. 20), i piani di ristrutturazione dovrebbero ridurre in modo molto consistente la presenza nel mercato delle società a partecipazione pubblica.

Ciò con due effetti principali. Da un lato, se è vero che gran parte delle partecipate soffrono di inefficienze, ridurre il loro numero comporta di per sé un risparmio di risorse a carico della collettività. Dall'altro, si aprono spazi di mercato a società in mano interamente privata, spostando in definitiva i confini tra Stato e mercato che nei decenni passati (specie prima delle politiche di liberalizzazione e di privatizzazione degli anni Novanta del secolo scorso) includevano ambiti, nei

¹⁸ Sulla figura del socio pubblico cfr. G.M. CARUSO, *Il socio pubblico*, Jovene, Napoli, 2016, 353, il quale sottolinea che *"il socio pubblico, analogamente ad ogni socio, è titolare di una posizione complessa risultante dall'integrazione del ruolo di proprietario delle partecipazioni sociali e di membro dell'organizzazione societaria; differentemente dalle altre categorie di soci, soggiace alle regole che governano l'intervento pubblico nell'economia ed è sottoposto ad oneri e facoltà speciali che caratterizzano la posizione proprietaria ed organizzativa"*.

¹⁹ Cfr. COMMISSARIO STRAORDINARIO PER LA REVISIONE DELLA SPESA, *Programma di razionalizzazione delle partecipate locali*, 7 agosto 2014, in attuazione dell'art. 23, d.l. 24 aprile 2014, n. 66 convertito in legge 23 giugno 2014, n. 89.

quali non erano rilevabili situazioni di fallimento del mercato tali da giustificare la presenza della mano pubblica.

Una volta circoscritta la capacità delle pubbliche amministrazioni di assumere partecipazioni azionarie, il d.lgs. n. 175/2016, disciplina le modalità attraverso le quali lo Stato esercita le sue prerogative di socio.

Il problema principale che il Testo unico cerca di risolvere è di far sì che lo Stato azionista (cioè tutte le pubbliche amministrazioni titolari di azioni) non sia un proprietario distratto, incapace di rilevare e di incidere su situazioni di inefficienza o di altre patologie aziendali che possono tradursi in perdite durevoli.

Le inefficienze interne alle pubbliche amministrazioni, contro le quali si è cercato di porre rimedio negli anni passati con riforme amministrative che peraltro hanno prodotto miglioramenti solo parziali, vale in molti ambiti (per esempio la gestione del personale, le procedure di acquisto, ecc.) tra i quali anche la gestione delle partecipazioni.

Le pubbliche amministrazioni non hanno cioè gli stessi incentivi che hanno gli azionisti privati, i quali rischiano direttamente capitali propri immessi nella società e che comunque si attendono rendimenti in linea con quelli di mercato, anche in considerazione di opportunità alternative di investimento.

Per le pubbliche amministrazioni infatti il rischio delle perdite e il costo delle inefficienze si scarica in ultima analisi sulla collettività. Inoltre, gli organi decisionali, in particolare i consigli comunali competenti in materia di partecipazioni societarie locali²⁰, non hanno le stesse caratteristiche strutturali dei corrispondenti organi di imprese o di *holding* private che gestiscono le proprie partecipazioni. Mentre questi ultimi tendono ad assumere le proprie determinazioni in base a valutazioni prettamente economiche e finanziarie, i primi tendono a essere condizionati anche da altri tipi di valutazioni legate a interessi sociali e a incentivi quali, in particolare, la crescita del consenso elettorale.

In carenza di presidi interni e spesso anche di professionalità adeguate, il d.lgs. n. 175/2016 introduce dunque una serie di regole pubblicistiche relative alle determinazioni assunte dalle pubbliche amministrazioni in relazione alle partecipazioni azionarie.

Esse sono di più tipi. In primo luogo, il Testo unico impone obblighi procedurali (per esempio la consultazione pubblica sugli schemi di atti deliberativi) e motivazionali analitici sulla convenienza economica e

²⁰ Cfr. Art. 42, comma 2, lett. e) del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

sulla possibilità di destinazione alternativa delle risorse pubbliche impiegate (art. 5).

In secondo luogo, le delibere devono essere trasmesse alla Corte dei conti e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, organismi dotati di poteri di intervento nel caso in cui rilevinò criticità (art. 5, comma 3). In particolare, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato potrebbe attivare il potere, richiamato espressamente dalla disposizione, di proporre ricorso innanzi al giudice amministrativo, previa diffida all'ente rimasta senza seguito, contro le determinazioni che violano le regole della concorrenza²¹. È previsto anche un primo embrione di vigilanza e monitoraggio, a cura di una nuova unità istituita presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze con il compito di fornire orientamenti e indicazioni sulla corretta applicazione delle nuove norme e di promuovere le migliori pratiche (art. 15).

In terzo luogo, il Testo unico sottopone l'azionista pubblico, specie nel caso di società controllate, a obblighi comportamentali in sede di partecipazione alle assemblee sociali, per esempio l'obbligo di inserire negli statuti clausole che limitino il numero massimo dei componenti del consiglio di amministrazione, che vietino l'istituzione di organi non previsti dalle norme generali o la corresponsione di gettoni di presenza e di trattamenti di fine mandato (art. 11, comma 8). L'azionista pubblico è obbligato anche a effettuare accantonamenti in un fondo vincolato di importo pari al risultato negativo delle società partecipate (pro quota) non ripianato immediatamente (art. 21, comma 1).

In quarto luogo, responsabilizza i rappresentanti degli enti pubblici partecipanti prevedendo una fattispecie tipizzata di danno erariale riferito ai casi nei quali *"nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione"* (art. 12, comma 2).

In quinto luogo, quasi come sanzione per non aver provveduto a redigere il piano ricognitivo straordinario delle partecipazioni o ad alienare le partecipazioni in attuazione di esso nei termini previsti, scatta in capo al socio pubblico il divieto di esercitare i diritti sociali nei confronti della società (art. 24, comma 5).

Il d.lgs. n. 175/2016, pur avendo, come si è detto, come scopo principale quello di porre una disciplina pubblicistica dello Stato azionista, non di meno contiene disposizioni che hanno come destinatarie dirette

²¹ Si tratta dei poteri attribuiti dall'art. 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

le società partecipate e in particolare le società a controllo pubblico, così come definite dall'art. 2, comma 1, lett. b).

Per queste ultime, il Testo unico pone alcuni principi sull'organizzazione e sulla gestione prevedendo per esempio la predisposizione di programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, l'istituzione di un ufficio di controllo interno a supporto dell'organo di controllo statutario che verifica la regolarità e l'efficienza della gestione, oppure l'approvazione di codici di condotta e di programmi di responsabilità sociale d'impresa (art. 6). Si tratta in realtà di indicazioni di massima in gran parte non vincolanti, atteso che le singole società possono non conformarsi, fornendo le ragioni nella relazione sul governo societario che esse sono tenute a predisporre annualmente (commi 4 e 5). Questo tipo di prescrizioni vanno considerate in realtà come integrative rispetto a quelle del diritto comune, ma non derogatorie di quest'ultimo.

Inoltre, sempre senza derogare al codice civile, il d.lgs. n. 175/2016 qualifica come inefficaci gli acquisti di partecipazioni azionarie nel caso in cui l'atto deliberativo dell'ente partecipante sia invalido o manchi del tutto (art. 8, comma 2) e ciò allo scopo di indurre i soci pubblici a seguire le procedure previste dal medesimo testo normativo che, come si è visto, comportano una serie di adempimenti finalizzati a far rispettare i criteri stringenti per l'assunzione di partecipazioni azionarie.

Le deroghe in senso proprio al codice civile previste per le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni sono limitate a pochi casi, tutti in realtà giustificati da ragioni di interesse pubblico, in base al criterio di proporzionalità indicato dalle Linee Guida dell'Ocse già citate.

Così, per esempio, per le società a controllo pubblico, ciascuna pubblica amministrazione socia può presentare al tribunale la denuncia di gravi irregolarità anche in deroga ai limiti minimi previsti dall'art. 2409 cod. civ. Si predispone così uno strumento di garanzia in più per le pubbliche amministrazioni titolari anche di modesti quantitativi di azioni. (art. 13).

Allo stesso modo i soci delle società a partecipazione mista pubblico-co-privata possono stipulare patti parasociali per la durata superiore ai cinque anni, in deroga all'art. 2341-*bis* cod. civ., e ciò in modo tale da allinearla a quella, di regola, molto più lunga, degli affidamenti dei servizi a titolo di concessione (art. 17, comma 3, lett. d). Gli statuti possono contenere clausole in deroga agli artt. 2380-*bis* e 2409-*novies* allo scopo di ampliare le competenze dell'assemblea (e dunque dei soci pubblici) a scapito di quelle degli amministratori così da consentire un

controllo più penetrante e diretto su alcune decisioni aziendali strategiche (comma 5, lett. a) e b)²².

Nel complesso le deroghe al codice civile non sono tali da stravolgere il modello societario di diritto comune. Ciò a differenza di quanto accade per le cosiddette società pubbliche di diritto singolare, cioè disciplinate da leggi speciali con disposizioni derogatorie così ampie da indurre la giurisprudenza a qualificarle in realtà come enti pubblici in senso proprio (per esempio la RAD)²³.

In definitiva, nell'impostazione del Testo unico, allorché una pubblica amministrazione decide, nei limiti ora resi più stringenti, di assumere partecipazioni societarie, si pone sullo stesso piano di un qualsiasi altro socio privato e la società resta disciplinata integralmente dal codice civile, senza elementi di specialità tali da dar origine a una tipologia autonoma.

Merita qualche considerazione più specifica il modello della società *in-house* nel quale l'intreccio tra regimi pubblicistici e privatistici assume connotati particolari. Questo tipo di società, com'è noto, venne delineato in origine dalla giurisprudenza europea (a partire dalla nota sentenza Teckal). Al di là delle qualificazioni formali, essa ha ritenuto che allorché una pubblica amministrazione mantenga su una società formalmente privata un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri uffici e allorché la società non operi sul mercato ma svolga la propria attività in massima parte a favore della pubblica amministrazione che l'ha costituita, la società in questione può essere considerata, da un punto di vista sostanziale, come parte dell'organizzazione interna dell'amministrazione. Ne consegue che l'affidamento alla società dell'incarico di svolgere alcune attività per conto e nell'interesse dell'amministrazione, al di là della veste giuridica, dal punto di vista della disciplina europea in materia, non ha natura di contratto in senso proprio, ciò esclude la necessità di attivare le procedure competitive per la scelta del contraente previste dalla normativa europea in tema di contratti pubblici. Si giustifica cioè l'affidamento diretto in deroga al principio di concorsualità.

Merita sottolineare che la società *in-house* è in linea di principio una società di diritto comune che acquisisce la qualità di *in-house* attraverso l'uso di strumenti civilistici: patti parasociali (specie nel caso di

²² Disposizioni derogatorie analoghe sono previste per le società *in-house* (art. 16).

²³ Su questa tipologia di società cfr. P. PIZZA, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano, 2007.

controllo analogo congiunto, cioè riferito a una pluralità di pubbliche amministrazioni partecipanti), clausole statutarie che riservano ai soci pubblici prerogative particolari, convenzioni, costituzione di uffici interni alla società preposti al controllo analogo.

Inoltre la qualifica si acquista e si perde in funzione dell'operatività concreta della società. Essa può diventare una società di mercato nel caso in cui svolga la propria attività, non più in prevalenza a favore del socio o dei soci pubblici (la soglia legislativa è 80% del fatturato), ma nei confronti di altro tipo di clientela. Anche la cessione a soggetti privati di quote di partecipazione da parte dei soci pubblici o l'acquisto da parte di questi ultimi di quote di partecipazione detenute da soci privati può provocare la perdita o l'acquisto della qualificazione di *in-house*.

La società *in-house* è dunque un fenomeno che si costruisce su base privatistica, anche se, una volta acquisita la qualifica, scatta l'applicazione di taluni regimi pubblicistici ora disciplinati dal d.lgs. n. 175/2016. In particolare esse sono tenute all'osservanza del Codice dei contratti pubblici per i propri acquisti di beni e servizi (art. 16, comma 7) e sono incluse nel perimetro della giurisdizione della Corte dei conti in relazione al danno erariale (art. 12, comma 1). Sono inoltre sottoposte, al pari delle società a controllo pubblico, alle regole di trasparenza stabilite dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 (art. 22) e ad assumere il personale con procedure che rispettino i principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità (art. 19, comma 2).

L'intreccio tra diritto pubblico e diritto privato nel caso delle società *in-house* assume dunque una connotazione particolare proprio perché l'uso strategico di quest'ultimo per conformare la società al modello costituisce il presupposto per l'applicazione, in ambiti selettivi tipici, del primo.

4. Una conferma giurisprudenziale

Merita però sottolineare, per riprendere alcuni aspetti di teoria generale analizzati nella parte iniziale di questo scritto, che la società *in-house* va considerata, secondo la giurisprudenza civile anche successiva al d.lgs. n. 175/2016²⁴, come una società di diritto comune a tutti gli ef-

²⁴ Cfr. C. Cass., S.U., 7 febbraio 2017, n. 3196 che cita anche un proprio precedente del 2013 che aveva già precisato che nel caso di società a partecipazione pubblica, dall'esistenza di specifiche normative di settore che in ambiti definiti attraggono nella

fettri, salvo deroghe espresse legislativamente previste. In essa *"pubblico non è l'ente partecipato, bensì il soggetto, o alcuni dei soggetti, che vi partecipano"* e conseguentemente *"la disciplina pubblicistica che regola il contegno del socio pubblico e quella privatistica che attiene al funzionamento della società convivono"*.

Inoltre, se è vero che l'ente pubblico può partecipare a una società solo se la causa lucrativa sia compatibile con il perseguimento di un interesse pubblico, sempre secondo la giurisprudenza ora richiamata, *"l'interesse che fa capo alla società pubblica si configura come di rilievo esclusivamente extrasociale, con la conseguenza che le società partecipate da una pubblica amministrazione hanno comunque natura pubblicistica"*. Come tali, a differenza degli enti pubblici, sono soggette in caso di dissesto alla disciplina fallimentare.

Viene in definitiva confermato, in termini più generali, che l'interesse pubblico non rientra nella causa del contratto là dove lo Stato esercita la propria capacità di diritto privato. Questo riconoscimento giurisprudenziale della Sezioni Unite della Corte di Cassazione può costituire, forse più che altre espressioni di apprezzamento, una ragione di particolare soddisfazione per chi, come Alberto Massera, ha dedicato a questi temi una parte considerevole del proprio impegno scientifico.

sfera del diritto pubblico anche soggetti di diritto privato può ricavarsi, *a contrario*, che a ogni altro effetto tali soggetti continuano a soggiacere alla disciplina privatistica. Secondo la Corte, *"vanno così respinte le suggestioni dirette ad una compenetrazione sostanzialistica tra tipi societari e qualificazioni pubblicistiche, al di fuori della riserva di legge di cui alla l. n. 70 del 1975, art. 4, che vieta la istituzione di enti pubblici se non in forza di un atto normativo, così ponendo un argine ad una ricognizione interpretativa che assuma dai tratti materiali dell'attività quel titolo ad ogni effetto nei rapporti con i terzi"*.